

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PERÍCIA DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Francisco Alves Junior. Juiz de
Direito. Professor da UNIT e da ESMESE

SUMÁRIO: 1. introdução. 2. princípios jurídicos. 3. a lide e sua composição. 4. o devido processo legal. 5. o direito a um procedimento adequado. 6. o processo sem dilações indevidas. 7. o devido processo legal e a verdade processual. 8. o devido processo legal e as provas ilícitas. 9. a investigação de paternidade biológica e o exame de DNA. 10. a investigação de paternidade biológica na era pré-DNA. 11. o custo do exame de DNA como óbice à sua larga utilização. 12. o exame de DNA e a coisa julgada. 13. a recusa à submissão ao exame de DNA. 14. o procedimento adequado à investigação de paternidade. 15. conclusões. 16. bibliografia.

RESUMO: O surgimento e a redução dos custos do exame de DNA têm suscitado grandes questões no âmbito do Direito de Família e do Direito Processual. A prova surge com um grau de confiabilidade técnica nunca antes visto. Viabiliza-se a busca pelo ideal de justiça, através da descoberta da verdade material, no processo de investigação de paternidade. Entretanto, há que se compatibilizar certos aspectos do exame com os postulados constitucionais do processo justo. Restam afetados os direitos constitucionais à intimidade e à vida privada, à intangibilidade física, à personalidade, à coisa julgada, entre outros. É tarefa da doutrina descobrir os referidos problemas, isolá-los adequadamente, e tratá-los, encontrando as melhores soluções para o processo de resultados, tão cobrado pela sociedade pós-moderna.

“O modo científico de pensar é ao mesmo tempo imaginativo e disciplinado. Isso é fundamental para o seu sucesso. A ciência nos convida a acolher os fatos, mesmo quando eles não se ajustam às nossas preconcepções. Aconselha-nos a guardar hipóteses alternati-



vas em nossas mentes, para ver qual se adapta melhor à realidade. Impõe-nos um equilíbrio delicado entre uma abertura sem barreiras para idéias novas, por mais heréticas que sejam, e o exame cético mais rigoroso de tudo $\frac{3}{4}$ das novas idéias e do conhecimento estabelecido. Esse tipo de pensamento é também uma ferramenta essencial para a democracia numa era de mudanças” (Carl Sagan)

1 - INTRODUÇÃO

O processo pós-moderno caracteriza-se pela marcante noção de sua instrumentalidade. Não há mais espaço para visões introspectivas do fenômeno processual, dado que intensifica-se a consciência a respeito do fator preponderante: a satisfação do jurisdicionado.

Desta forma, o devido processo legal aparece como postulado constitucional, a reclamar que se pense o processo como processo justo, e não simplesmente como processo regulado em lei.

Partindo destas premissas gerais, verifica-se que o surgimento do exame de DNA suscitou, e ainda suscita, uma série de problemas no campo das ações de investigação de paternidade.

Referida perícia, pelo alto grau de certeza científica a respeito do objeto pesquisado, alcança foros de conclusão nunca dantes atingidos, figurando como a “rainha das provas” da era moderna.

Contudo, não são poucos os que advertem para o perigo de “divinizar” ou “sacralizar” o exame, argumentando que a longa tradição jurídica determina a não vinculação do juiz ao laudo do perito, e que vige entre nós o sistema da persuasão racional do julgador, e não o sistema de prova legal ou tarifada.

Por uma questão metodológica, considerando os estreitos limites temáticos impostos ao presente trabalho monográfico de conclusão do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Processual, optamos por uma delimitação ampla o suficiente para a abordagem do problema sem, contudo, implicar largueza em demasia, a ponto de ultrapassar ditos limites.

Em verdade, exploraremos a perícia de DNA no campo das investigatórias de paternidade onde haja negativa da filiação imputada ao suposto pai vivo.

A análise objetivará o contraste entre o referido meio de prova e o princípio constitucional do devido processo legal, sobretudo com relação ao direito ao procedimento adequado e sem dilações indevidas.



A pesquisa procurará, como objetivo geral, demonstrar que o exame de DNA constitui prova necessária à adequação do procedimento para a determinação judicial da paternidade biológica, com vistas à obediência ao princípio constitucional do devido processo legal.

Para isto, examinar-se-ão: 1) os vários escopos a serem perseguidos pelo Estado no exercício da jurisdição, o que constitui a idéia de instrumentalidade do processo; 2) a noção de que o devido processo legal significa também uma garantia de procedimento adequado ao rápido e seguro alcance destes escopos; 3) o alto grau de confiabilidade do exame de DNA para a determinação da paternidade; 4) a necessidade do referido exame à adequação do procedimento nos casos de negativa do réu; 5) as implicações da afirmativa anterior no que se refere à economia processual, ao sistema de valoração de provas, ao respeito à dignidade humana, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da integridade física do indivíduo.

Há uma série de inquietações da doutrina e vacilações da jurisprudência, no que concerne à utilização da perícia.

Seria adequado o procedimento investigatório da paternidade biológica sem a produção da mencionada prova?

Estaria o juiz autorizado a determinar a realização do exame, independentemente da iniciativa das partes?

O réu está obrigado a se submeter ao exame?

Quais as consequências da recusa em se submeter?

A quem compete o ônus do adiantamento das despesas com o exame quando há gratuidade judiciária?

Como equacionar o óbice da coisa julgada com a necessidade de estabelecer a filiação real, com base em exame de DNA, não realizado à época da ação cujo pedido de reconhecimento foi julgado improcedente?

Estas são algumas das perguntas que o trabalho procura responder, não sem desconhecer que o campo é vasto e o problema se desdobra em diversos outros, a exemplo da preservação do contraditório na produção da perícia. Entretanto, como acima explanado, a exploração indefinida dos sub-problemas levaria a uma exacerbação dos limites próprios de uma monografia em sede de especialização.

2 — PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Todo o sistema jurídico encontra-se estratificado, contendo sé-



ries de normas escalonadas hierarquicamente, segundo critérios de supra-infra-ordenação, de modo que cada norma tem seu fundamento de validade em norma que lhe é superior, ao mesmo tempo em que serve de fundamento para outra norma inferior a si própria².

Partindo destas concepções, verificamos que, em um sistema jurídico positivo como o nosso, as normas de mais alta hierarquia encontram-se na Constituição do país.

Não se pretende discutir amiúde o problema da supremacia da Constituição. Toma-se tal idéia como premissa fundamental, dentro da teoria constitucional.

Ora, desta maneira, as normas que servem de fundamento de validade para todo o sistema infraconstitucional encontram-se veiculadas pelo texto da Constituição.

Todavia, na própria Constituição encontraremos uma certa hierarquia entre as normas ali veiculadas. Não que abracemos a idéia de normas constitucionais inconstitucionais editadas pelo Poder Constituinte³. Mas compreendemos que o texto constitucional deve ser interpretado de forma sistêmica, à luz de certas diretrizes por ele mesmo traçadas, ao veicular as normas de maior envergadura.

Estas normas mais caras ao sistema são justamente os princípios. Princípios são normas, embora sejam normas diferenciadas, supernormas. Isto porque ocupam posição de destaque e cumprem função diferenciada no sistema, além de serem constituídos de uma natureza peculiar frente às demais normas, ditas não-principiológicas.

Com efeito, os princípios são normas preches de valores porque encerram alta carga axiológica e atuam como “antenas”, captando os principais valores eleitos pelo grupo social.

É verdade que todas as normas se referem a um ou mais valores. Ocorre que os princípios veiculam essencialmente valores, dado que representam nitidamente estes, são puro conteúdo, essência, ao passo que as outras categorias de normas representam limites, obedientes sempre ao conteúdo que bebem diretamente dos princípios, supernormas que lhe servem de fundamento.

Sendo os princípios verdadeiras normas, ainda que de especial dignidade e natureza, até porque negar isto significaria não ter como sustentar o seu caráter vinculante, não aceitamos a dicotomia princípio-norma, senão após uma convenção didática no discurso, qual seja, a referência a princípio significará referência a norma principiológica, enquanto a menção à norma representa relação à simples regra ou preceito.



Pois bem. Se os princípios são por excelência o encerramento normativo de valores, e se a Constituição é a expressão máxima destes valores eleitos pelo grupo, então é na Constituição que iremos encontrar o *habitat* natural dos princípios.

Evidentemente, e aqui recorreremos à clássica distinção entre Constituição em sentido material e Constituição em sentido formal, há no texto constitucional uma parte que diz respeito às decisões políticas fundamentais: escolha do tipo de Estado, da forma de governo, do regime, a tripartição do Poder, os direitos e garantias fundamentais. Por outro canto, outras normas não se referem a estes aspectos, sendo consideradas constitucionais apenas porque formalmente o são, já que inscritas na Constituição.

Na primeira categoria, encontraremos os verdadeiros princípios constitucionais, os quais, por isto mesmo, servirão de norte tanto para a criação como para a interpretação de normas pelo Poder Constituído.

Por óbvio, este mesmo Poder Constituído também deverá interpretar a própria Constituição de forma sistêmica, à luz ou com a “lente” dos princípios, por ela mesma veiculados.

Neste processo, surgirá com certeza a hipótese de colisão entre princípios. É que os valores, conteúdo manifesto das normas principiológicas, são relativos, e freqüentemente se colidem, ou, na feliz expressão do Prof. Carlos Britto, “os princípios têm vocação para o atrito”.

Como o Direito se pretende completo e de forma ordenada, os conflitos entre normas têm de ser pressupostos como aparentes. Isto é, havendo colisão entre normas, deve o intérprete encontrar a solução segundo a qual somente uma delas se aplique.

No campo das simples regras, este fenômeno, o da colisão ou conflito aparente de normas, se resolve na dimensão de validade. O intérprete, recorrendo à hermenêutica, encontrará a norma verdadeiramente aplicável, afastando a incidência da não aplicável, podendo chegar à conclusão pela invalidade total desta (revogação), e não apenas pela inaplicabilidade dela ao caso.

Esta última situação, pela qual se reconhece a “morte” de uma das normas em conflito, é denominada antinomia (*anti nomos*).

As coisas não se passam assim quando o conflito envolve normas principiológicas. Quando dois princípios estão em choque — o que não é raro, como já dito — tal conflito não se resolverá na dimensão de validade, como sói acontecer no plano das simples regras,



mas sim na dimensão de prevalência.

Realmente, havendo colisão entre princípios, deverá o intérprete verificar qual destes deverá prevalecer no caso concreto, sem contudo anular o outro, isto é, sem revogar a norma que veicula o princípio não prevalente.

Outra solução não é possível. A uma, porque princípios são valores e os valores, embora em conflito na sociedade, não se anulam. A duas, porque, como visto, os princípios são veiculados naturalmente pelo Poder Constituinte e, destarte, não poderia haver incoerência deste a ponto de criar antinomias dentro do próprio texto constitucional⁴.

Dizíamos que o intérprete deverá encontrar o princípio prevalente para o caso concreto. Para tanto, deverá utilizar como critério a preocupação em identificar qual dos dois princípios em choque, se não sacrificado momentaneamente, melhor homenageará um princípio superior.

Isto decorre da afirmativa feita linhas atrás de que no texto constitucional coexistem harmoniosamente normas de hierarquias diferentes, não no sentido de uma revogar a outra, porque emanadas do mesmo Poder e a um só golpe, mas no sentido de que há princípios fundamentais que orientarão a interpretação e aplicação de princípios gerais, os quais, por sua vez, orientarão a interpretação e aplicação de princípios setoriais, que, em seguida, servirão de bases para a criação, interpretação e aplicação das simples normas constitucionais e infraconstitucionais.

Os princípios têm, então, este condão de orientar a criação, a interpretação e a aplicação das demais normas, sejam estas subprincípios ou simples regras.

Como ensina o jurista Luís Roberto Barroso:

“Feita essa sistematização preliminar, é preciso destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional, enfatizando sua finalidade ou distinção. Cabem-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles fincam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial.

Em segundo lugar, aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando



unidade ao sistema normativo. Um documento marcadamente político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. Compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema.

E, por fim, na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”⁵.

No estudo do caso a ser resolvido, deve o jurista partir do princípio, estudar o caso com “a lente” do princípio, a fim de alcançar a finalidade expressa no próprio princípio, num raciocínio que bem poderia ser representado por um movimento circular, donde se parte do princípio, mantém-se nos “trilhos” do princípio, a fim de se chegar ao princípio mesmo.

Daí porque compreendemos que o princípio jurídico é princípio, meio e fim. E daí a importância de ter o aplicador da norma, especialmente o juiz, um cuidado especial em matéria de princípios, segundo adverte o próprio Luís Roberto Barroso:

“Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípio que o Legislador e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o ministério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor”⁶.

A noção de supremacia dos princípios enseja, portanto, a maior cautela e fidelidade ao seu cumprimento, já que, como afirmado por Celso Antônio Bandeira de Melo, em lição que já se torna clássica:

“Princípio - já averbamos alhures - é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo,



no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada”⁷.

Vista assim a importância dos princípios, passemos a analisar o devido processo legal, não sem antes compreender o fenômeno do processo, como método de trabalho do Estado quando exerce a jurisdição. Para tanto, necessitamos compreender a idéia de lide, em seu sentido sociológico.

3 — A LIDE E SUA COMPOSIÇÃO

Francesco Carnelutti definiu a lide como um fenômeno sociológico. Dizia o pensador italiano que os homens têm necessidades ilimitadas, supridas pelos diversos bens da vida, por sua vez, limitados. Como chamou de interesse⁸ a posição jurídica em que há a satisfação de uma necessidade de um sujeito pela obtenção de um bem da vida, dada a não limitação das necessidades em contraposição à limitação dos bens, o conflito intersubjetivo de interesses seria característica da vida em sociedade.

Assim é. Por mais riquezas, conhecimento e realizações acumulados, há um sentimento de falta permanente no homem: o desejo.

Pois bem. Na medida em que dois sujeitos se acham com interesses conflitantes, porque há um bem apto a satisfazer apenas a um destes interesses, e externando um destes sujeitos uma pretensão, ou seja, exigindo ele que o interesse do outro se subordine ao seu próprio interesse, seguindo-se uma resistência por parte do outro su-



jeito, estaremos diante de uma lide, em sentido carneluttiano.

Lide seria então *“o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”*, conforme elementar lição de Direito.

O Estado, quando suficientemente fortalecido, interdita de forma genérica a autotutela dos interesses, como forma de monopolizar o uso da força, garantindo a sua autoridade. Por lhe ser impossível a presença em situações de risco iminente, permite ele o uso legal da força pelo particular, em casos excepcionais. São as hipóteses de autodefesa permitida (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

Ora, se os sujeitos não estão em uma destas situações, poderão se valer da chamada autocomposição, ou renunciando à pretensão ou à resistência esboçada respectivamente, ou ainda estabelecendo concessões recíprocas, quando terá lugar a chamada transação.

Este consenso pode somente chegar de forma parcial, para definir um terceiro e outorgar-lhe poderes para resolver a questão, com o que fica caracterizada a arbitragem, forma de heterocomposição do litígio.

Todavia, não podendo os sujeitos se valerem da autocomposição, ou porque não chegam a um consenso, ou porque os interesses em jogo são de natureza indisponível, insuscetíveis de transação ou arbitragem, terão que buscar a solução por meio da jurisdição, função monopolizada pelo Estado, único capaz de “jurisdizer”, isto é, “dizer o direito” de forma vinculante. Isto significa que somente o Estado terá a capacidade de decidir imperativamente qual dos interesses em conflito é protegido pelo Direito objetivo, Direito este pelo Estado mesmo criado. Ou por outra, competirá ao Estado, e somente a ele, afirmar imperativamente qual dos interesses, porque juridicamente protegido, é o interesse subordinante a prevalecer, e qual é o interesse subordinado, a sucumbir.

Ocorre que, para se desincumbir do encargo da jurisdição, o Estado aplicará um método de trabalho, chamado processo.

Este método, como qualquer outro instituto em um Estado de Direito, será regido por normas jurídicas, princípios inclusive.

E, dentre os princípios que regulam a atividade processual, avulta o do devido processo legal.

4 — O DEVIDO PROCESSO LEGAL



O devido processo legal é um princípio antiqüíssimo. A doutrina identifica o seu surgimento no ocidente, com a idéia aproximada que temos dele hoje, em 1215, quando os barões ingleses forçaram o Rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta.

Sabe-se que, no Direito anglo-saxônico, identifica-se com mais clareza a faceta substancial do dito princípio, que funciona como interdito ao poder estatal, protegendo a liberdade e a propriedade individuais (*substantive due process of law*).

Esta noção tem tamanha força que os Estados Unidos da América, principalmente através de sua Suprema Corte, vêm utilizando o princípio para julgar casos diversos, sem reduzi-lo ao aspecto puramente processual e, ao contrário, enfatizando a sua característica marcadamente aberta a servir de base para as mais variadas situações. Este é o motivo pelo qual se evita e se tem dificuldade em defini-lo aprioristicamente.

Alguns precedentes da Suprema Corte Americana neste sentido:

"Twining v. New Jersey – 1908: Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa [...]. Esta Corte se tem evasivas declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo." Olden v. Hardy – 1898: *"Este tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras due process of law [...] basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça aos quais é inerentes a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer"*. Solesbee v. Balkcon – 1950: *"Acha-se assentada a doutrina por essa Corte que a cláusula do due process enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda a nossa história. Due process é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo"*⁹.

A dificuldade na definição exata do conteúdo do princípio também é lembrada por Luís Roberto Barroso:

"Embora se traduza na idéia de justiça, de razoabilidade, ex-



*pressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o Justice Harlan, da Suprema Corte: 'Devido processo não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada'*¹⁰.

No Brasil, encontramos o princípio veiculado pelo art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF), identificado pela maioria dos juristas em sua faceta puramente processual, ou seja, destinado primeiramente a regular o processo e não a proteger a liberdade e a propriedade, senão de forma indireta (*procedural due process*).

Partindo-se deste ponto, verifica-se que o devido processo legal não significa simples exigência de um processo regulado por lei, a ser observado pelo Estado quando houver necessidade de invasão da esfera de liberdade e propriedade individual. Caso contrário, o Constituinte não teria apostado o qualificativo "devido". Teria exigido apenas o "processo legal".

Não só pelo método literal se chega a esta conclusão. É que, se o princípio exigisse apenas o processo formalizado em lei, bastaria ao Estado editar leis processuais que lhe validassem o arbítrio, para que restasse letra morta a garantia que o Constituinte quis efetiva.

A observação histórica, comparativa e teleológica nos leva a concluir que o termo "devido" é tão ou mais importante do que o termo "legal", ambos empregados ao processo. E o que seria o "devido processo" ?

Os teóricos identificam inicialmente o termo "devido" no sentido de "necessário". Ou seja, sem um processo legal, não pode o Estado invadir a liberdade ou a propriedade do indivíduo, daí porque o processo é necessário.

Em segundo lugar, "devido" identifica-se com "adequado". O devido processo legal seria então uma exigência de um processo regulado pela lei e apto a salvaguardar o efetivo acesso à justiça, sendo ele próprio uma garantia para o indivíduo. Um processo adequado a instrumentalizar a pacificação social com justiça substancial, a educação do jurisdicionado e o aprendizado dos juízes a respeito dos



valores consagrados pelo grupo, a atuação concreta do Direito material, a tutela das liberdades públicas, a preservação da harmonia e da autoridade do ordenamento jurídico, além de ofertar meios de participação na manifestação da instância judicial, ou seja, de influenciar na emanção do poder estatal, o que, significa inclusive democracia. Estas idéias correspondem ao que se convencionou chamar de instrumentalidade do processo¹¹.

Confira-se a lição de José Rogério Cruz e Tucci:

“O devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável (...) Apresenta-se, ademais, relativamente ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extra penal) ou resolutória de conflito de interesses de alta relevância social (no campo penal)” ¹².

Sob esta noção, compreende-se que o devido processo legal é princípio do qual derivam todos os demais princípios reitores do sistema processual: isonomia processual, juiz natural, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, lealdade, proibição de provas ilícitas, livre investigação das provas, persuasão racional, fundamentação das decisões judiciais, publicidade dos atos processuais etc..

É que, sem tais postulados, o processo não seria justo, não seria “devido”, não seria adequado a propiciar o direito de cada um, segundo a ordem jurídica justa.

Leciona o festejado Humberto Theodoro Júnior:

“Faz-se moderadamente uma assimilação da idéia de devido processo legal à de processo justo.

Nesse âmbito o due process of law realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo” ¹³.



A compreensão dos princípios processuais como derivados do *due process* é também o entendimento de Nelson Nery Junior:

*“Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.*

Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do “devido processo legal” o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório e do procedimento regular.

(...)

*Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula procedural *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de *ter his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.*

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seria absolutamente despicienda. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”¹⁴.

Com base nestas idéias, deve-se ter sempre em mente que um processo efetivo, além da obediência aos princípios tradicionalmente consagrados (contraditório, ampla defesa, juiz natural, igualdade etc.) deve observar um procedimento adequado a uma solução tão certa e rápida quanto possível, notadamente quando se trata de interesses indisponíveis¹⁵.

5 — O DIREITO A UM PROCEDIMENTO ADEQUADO



É clássica, embora sutil, a diferença entre processo e procedimento.

Após longas discussões, a doutrina chegou ao consenso a respeito da natureza jurídica do processo. Este método de trabalho de que se vale o Estado no exercício da jurisdição constitui-se em uma relação jurídica trilateral, da qual são sujeitos principais as partes e o órgão julgador.

Logo, o processo é uma abstração.

Esta abstração se revela, todavia, através do procedimento, conceituado este como sendo o conjunto de atos processuais ordenadamente encadeados, com vistas a alcançar a finalidade do processo: a composição da lide por meio da jurisdição.

Destarte, o procedimento é o aspecto visível, concreto, exterior do processo.

O processo é continente e o procedimento, o conteúdo. Vale dizer, o processo, “visto por dentro”, examinado em suas entranhas, é uma relação jurídica, enquanto se “visto por fora”, apreciado no que tem de visível, é uma série de atos coordenados, o procedimento.

Extremamente didática é a lição de Arruda Alvim: “o processo é a pessoa, enquanto a indumentária é o procedimento”¹⁶. Ninguém deve ir a um piquenique em traje de gala, ou a um baile fino trajando bermuda. Não serão atitudes adequadas. Assim também ocorre com o processo, que se desenvolverá de acordo com um determinado procedimento, a depender do litígio que se pretende resolver. Por exemplo, se há um delito a ser apurado, haverá um processo penal de conhecimento, que se desenvolverá pelo rito dos crimes afetos ao tribunal do júri, se se tratar de crime doloso contra a vida, ou, ao revés, observará o procedimento sumaríssimo do juizado especial, caso se trate de delito de menor potencial ofensivo (*vide* arts. 5º, XXXVIII, d, e 98, I, da CF, e art. 61 da Lei 9.099, de 26.09.1995).

Logo se nota que a adequação do procedimento aos fins específicos do processo deve ser uma preocupação do sistema, ou, como quer Dinamarco: “a efetividade do processo é dependente, segundo os desígnios legislador, da aderência do procedimento à causa”¹⁷.

Destarte, conclui-se que o legislador deverá adequar os procedimentos de maneira a possibilitar a solução adequada dos conflitos submetidos à jurisdição, preservando todas aquelas finalidades do processo, enquanto instrumento estatal para a consecução de legítimos objetivos sociais, políticos e jurídicos, pretendidos pela nação



por intermédio do Constituinte. Vale dizer, deverá estabelecer o procedimento adequado, como garantia do processo justo, tanto quanto o juiz, como aplicador do procedimento, não poderá perder de vista o processo dito “de resultado”, o processo justo.

6 — O PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS

Já vimos que o devido processo legal se desdobra em vários outros princípios constitucionais que regem o sistema processual.

Entre eles se encontra o princípio do contraditório. O enunciado deste princípio compreende a necessidade de que o processo se desenvolva por um método dialético: as partes oferecem a tese e a antítese, enquanto o Estado formula a síntese.

Por isto, há a necessidade de oitiva de ambas as partes.

Mas a finalidade do princípio não se esgota com a simples oportunidade concedida às partes de apresentar os seus respectivos argumentos. O contraditório significa possibilidade de participar ativamente do processo, de influenciar efetivamente na tomada de decisão, o que acaba por compreender o direito à prova.

Este direito significa que o litigante tem direito a apontar a prova de suas alegações e de participar de sua produção.

Por óbvio, se o destinatário principal da prova é o juiz, cabe a este definir qual a relevância desta ou daquela prova protestada, tendo o cuidado, porém, de não cercear a defesa da parte ao indeferir provas relevantes.

O processo, materializado pelo procedimento, deve então viabilizar a produção das provas necessárias à descoberta da solução justa com um mínimo de atividade processual e com um mínimo de sacrifício da esfera jurídica dos envolvidos.

É que rege o processo o princípio universal da economia: máximo de resultado com mínimo de esforço. E o desdobramento deste princípio no campo político revela a necessidade do alcance máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual.

Isto implica a compreensão da economia processual não só sob o aspecto do custo financeiro e político do processo, mas principalmente sob o enfoque da celeridade processual (economia de tempo).

Em tempos de crise do Estado, há uma “contaminação” do Judiciário, Poder do Estado, revelada por uma crise do processo.





E o sintoma mais flagrante desta crise é a decantada morosidade judiciária.

Abstraindo o fato de que a crítica ao Judiciário, em todo o mundo ocidental, é alimentada por esta morosidade, apesar da falta de dados sobre esta morosidade e em que grau tem de ser ela tolerada, frise-se que o ideal de pronta definição do direito por uma espécie de jurisdição “a jato” em qualquer caso, é utopia. A exigência do devido processo legal pressupõe o desenvolvimento de atividades cercadas pelo exercício do contraditório e da ampla defesa, não se tolerando invasões à liberdade e à propriedade baseadas em versão unilateral, salvo de forma provisória e por uma necessidade de acautelamento dos interesses em jogo (tutelas de urgência). É o preço que se paga por se viver em um Estado de Direito.

Contudo, os responsáveis pelo sistema de processo, entre eles o legislador, devem manter uma postura crítica, típica da fase histórica instrumentalista que vive o Direito Processual, onde o principal enfoque se dá sobre o destinatário do sistema: o jurisdicionado.

Para este, a justiça tardia, como dizia Ruy Barbosa, em sua célebre *Oração aos Moços*, “*não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”.

Se não é possível definir de plano com quem está a razão, esta verdade deve ser buscada pelos meios mais rápidos e eficientes que se possa dispor.

O resultado de um processo “*não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como, também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que - caso contrário - se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!*”¹⁸.

Qualquer expediente procrastinatório, qualquer formalismo inútil, qualquer invasão desnecessária na esfera jurídica de quem quer que seja, devem ser banidos do sistema, quer pelo legislador, quer pelo juiz ao conduzir o processo, quer pelas partes e seus advogados ao traçarem estratégias, quer ainda pelo Ministério Público, quando participar.

Resta claro porém que, tendo o processo moderno abandonado as velhas idéias individualistas de índole liberal, migrando para uma postura publicista, adequada à idéia contemporânea de que é instru-



mento do Estado para a consecução do bem comum, a maior responsabilidade pelo banimento das dilações indevidas recai sobre o legislador, no traçar os procedimentos, e sobre o juiz, ao presidir o processo, inclusive com o dever de verificar a constitucionalidade dos atos do legislador.

O processo sem dilações indevidas constitui-se, assim, em corolário do devido processo legal. É uma idéia implícita. Se o processo não é efetivo, ou seja, se não é adequado ao alcance de uma justa solução, e não o será se der margem às dilações indevidas, logo, não será um “devido” processo, um “adequado” processo, apesar de legal.

Como se não bastasse, o Brasil é signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo art. 8º, 1, prescreve: *“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”* (grifamos).

Com a publicação do Decreto 678, de 09 de novembro de 1992, o Pacto de San José foi promulgado e, finalmente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, o direito a um julgamento em tempo razoável entra em nosso ordenamento pela porta larga do art. 5º, § 2º, da CF, embora estejamos convictos de que não basta a proclamação expressa do que era implícito para que se alcance, em todos os casos, a Justiça adequada.

7 — O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A VERDADE PROCESSUAL

Historicamente, o processo civil teve como premissa que se tratava de uma batalha entre iguais. Ao Estado seria inadequado, se não proibido, imiscuir-se em áreas reservadas apenas aos litigantes, sob pena de comprometer a imparcialidade, atributo caro à figura do juiz.

Esta concepção fortaleceu-se com o liberalismo, pois o individualismo e a doutrina do *laissez faire* refletia-se também no processo.

Estado mínimo, processo mínimo ou, por outra, juiz mínimo.



O juiz no processo civil liberal e de conotação individualista, tinha de manter a sua postura imparcial e equidistante das partes de tal modo que se recusava a ele a mínima participação, senão a de manter a ordem formal dos atos, assistindo impassível a luta entre as partes para ver quem apresentava não só o melhor argumento, mas sobretudo quem melhor produzia a prova em seu favor.

O juiz era o “convidado de pedra”, o mero espectador da batalha processual.

A nova concepção instrumentalista oxigenou o Direito Processual. Modernamente, o processo é encarado como meio de alcance da justiça. Há um interesse público subjacente em cada processo, mesmo aquele de natureza civil, ainda que envolva interesses disponíveis. É que pelo processo atua a jurisdição, função pública. E a todos interessa, em última análise, o bom desempenho das funções públicas.

A publicização do processo trouxe a reboque a queda de um dos velhos princípios do processo liberal: o princípio dispositivo no tocante a provas.

Segundo a vetusta idéia, o juiz não teria iniciativa de prova, tendo que se contentar com a iniciativa probatória das partes. As provas seriam somente aquelas trazidas pelas partes, ainda que o juiz de *per si* enxergasse relevância nesta ou naquela prova não produzida.

E mais, pouco importava se o resultado correspondia à realidade dos fatos. Contentava-se com a chamada verdade formal, isto é, a verdade processual emergia do contexto probatório, sem qualquer esforço para conformá-la com a vida real.

É claro que a verdade processual encontra óbices na maior ou menor capacidade de prova em um processo. Mas a busca pela “verdade verdadeira”, pela fiel reconstituição dos fatos, deve ser uma preocupação dos operadores do sistema.

Mesmo no processo penal, de índole marcadamente publicista, dado o interesse público manifesto na busca pela repressão ao crime, se as provas não são suficientes para a condenação, absolve-se o acusado. Vale dizer, se não é possível afirmar a culpa ou a inocência, sobrevive o estado de inocência (CF, 5º, LVII), livrando-se o réu. Noutros termos, a verdade proclamada pela sentença — verdade processual — rende-se a uma presunção, conforma-se com este limite artificial, imposto como premissa no Estado de Direito, é mera verdade formal.

No processo civil, isto se dá quando o juiz se vê perplexo ape-



sar da colheita da prova.

Deve ele valer-se de todas as provas trazidas pelas partes, não importando qual delas as tenha produzido (princípio da aquisição da prova).

Pode e deve ele também se valer de sua ampla iniciativa probatória, conferida pelos ordenamentos processuais modernos, a exemplo do art. 130 do CPC, a fim de pesquisar a verdade real.

Não tendo certeza da verdade real, e nem podendo proferir juízo de *non liquet*, dada a indeclinabilidade da jurisdição, o julgador recorre às regras de distribuição do ônus da prova (CPC, 333) para tomar a decisão. Somente assim esta verdade conformar-se-á também com limites artificiais ou legais.

Por óbvio, a disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses em conflito na lide refletirá de certo modo no processo. Não é à toa que a revelia pode gerar a presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor, em se tratando de direitos disponíveis (CPC, 319 e 320).

Porém, mesmo nestas hipóteses, as regras de processo não podem servir, por si só e sem qualquer juízo, para a criação ou extinção de direitos substanciais. Somente em último caso, o sistema deve quedar-se solucionando a lide com base na verdade formal.

O que está fora de dúvida é que, em se tratando de interesses indisponíveis, agigantam-se os amplos poderes instrutórios do juiz, não sendo possível conformar-se com a pura verdade formal, senão após exaustiva pesquisa da verdade real.

A livre investigação das provas pelo julgador constitui-se, dessarte, em corolário do devido processo legal moderno.

“Assim, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade material. Como entende Fritz Baur, “antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em casos de necessidade, a colher de ofício as provas existentes”. Essa ativização do juiz visa não apenas a proporcionar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma “assistência judicial”. No entender do professor “não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhe-



*cem ou lhes sejam inacessíveis”*¹⁹.

8 — O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

A livre investigação das provas pelo magistrado encontra limites na licitude destas provas.

A prova originalmente ilícita e a ilícita por derivação, isto é, a que foi obtida por meios ilícitos, são proibidas (CF, 5º, LVI).

Admite-se, quando muito, a utilização das provas ilícitas em casos difíceis (*hard cases*), quando produzidas praticamente em legítima defesa. Mas aí não serão ilícitas, justamente pelas circunstâncias em que produzidas.

Não é o nosso objetivo traçar amplo debate sobre o problema, que atormenta a comunidade jurídica de tempos em tempos.

Pretendemos demonstrar apenas que a prova deve ser a que melhor revele a verdade real, com o mínimo de invasão da esfera de direitos dos envolvidos, sob pena de adquirir contornos de ilicitude.

Note-se que os direitos e garantias fundamentais, porque geralmente consagradores de verdadeiros princípios, freqüentemente têm de ser harmonizados, relativizados uns em relação aos outros.

Às vezes, o próprio Constituinte se encarrega de fazê-lo de forma expressa. Por exemplo: todos têm direito ao resguardo de sua intimidade e de sua vida privada, donde decorre o sigilo das comunicações telefônicas (CF, 5º, XII). Mas este sigilo pode ser quebrado, desde que preenchidos certos requisitos, se necessário para coibir crimes (*idem*).

Destarte, a prova que, indevida e desnecessariamente, manifestamente reduza o âmbito de proteção de algum direito fundamental não deve ser produzida, porque ilícita.

9 — A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E O EXAME DE DNA

Em nosso sistema jurídico ainda é importante o conhecimento da ascendência biológica para a definição do estado de filiação.

Paternidade é algo maior do que simples doação de gametas.



No fundo, é conceito que não cabe nos estreitos limites da biologização do assunto.

Contudo, esta busca é cancelada pelo Direito, dado que o conhecimento da origem biológica acarretará profundos desdobramentos na esfera de direitos da pessoa, tais como reflexos no nome e no direito sucessório.

O direito ao reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, nos termos do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069, de 13.7.1990).

Tal dispositivo deita raízes no art. 227 da CF, que se refere à absoluta prioridade da família, do Estado e da sociedade o asseguramento da preservação da dignidade e da igualdade da criança e do adolescente, o que é sobremaneira reforçado no § 6º.

É evidente que as normas veiculadas pelos mencionados textos constitucionais orientam-se pelos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Isto demonstra que as mesmas idéias válidas para os menores o são também para os maiores de idade, que ainda buscam o reconhecimento de sua paternidade biológica.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III), princípio fundamental da República, acoplada à igualdade dos indivíduos, outro princípio espalhado na Carta a partir do preâmbulo, passando pelos arts. 3º, IV, e 5º, *caput* e I, entre outros, levam à conclusão de que mesmo o maior tem o direito de conhecer sua ascendência biológica, sob pena de frustrarem-se legítimas expectativas de direitos outorgados a outros filhos e não ao não-reconhecido, o que o tornaria um “filho de segunda categoria”, um desigual.

O hoje moribundo Código Civil de 1916 (CC), o Código Beviláqua, elenca em seu art. 363 as hipóteses em que se verifica a presunção da paternidade.

Ora, considerando o incremento das modernas técnicas de pesquisa da paternidade com base em moléculas de ácido desoxirribonucléico (DNA — *desoxirribonucleic acid*), hoje é possível afirmar ou excluir a paternidade atribuída a alguém com altíssima probabilidade, equivalente praticamente à certeza.

“Por um lado, o avanço foi científico, iniciado com as pesquisas do inglês ALEC JEFFREYS que, em 1985, descobre as impressões digitais do DNA ao notar que certos trechos de sua configuração



*exibiam polimorfismo, ou seja, ocorriam no genoma em mais de uma forma. Quando vários indivíduos sem parentesco tiveram suas seqüências repetitivas analisadas JEFFREYS observou que não ocorria uma repetição no padrão de DNA de cada um. A variação observada foi de tal ordem que JEFFREYS chegou à conclusão de que cada indivíduo na população exibia um padrão único. Por isso ele chamou este padrão de DNA Fingerprinting", ou, impressões digitais do DNA, em analogia com as digitais já conhecidas (...) Transportando tal constatação científica para a questão da paternidade em casos de identidade incerta de um suposto pai, as evidências conferidas pelo teste de DNA podem servir para excluir (100%) um homem de ser pai biológico de determinado indivíduo ou, se este homem for excluído, servir como base para calcular a probabilidade (99,9999% de que ele realmente seja o pai biológico"*²⁰.

Cumpre ao Direito não ser ciência isolada, antes reclamando interação com outros ramos do saber, valendo-se das conquistas tecnológicas em busca da regulação benéfica de uma sociedade em constante e veloz mutação.

O temor de uns em relação à "sacralização do DNA" não pode ser argumento viável ao abandono ou à subestimação de tão importante meio de prova.

Bem adverte Dinamarco:

"A tradicional exacerbação do ônus da prova constitui postura insensível à moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual. No fundo, ela é uma linha burocrática e, como burocrática que é, revela intolerável dose de comodismo: a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo e, como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas. É preciso ousar. É indispensável ao juiz moderno romper com isso e vencer certos imobilismos. Onde o seu espírito se considerar suficientemente capaz de afastar os 'motivos divergentes' e, como faria o homem médio da sociedade, tomar uma decisão conforme um grau satisfatório de probabilidade de acertar, que corra o risco.

Ele sabe, p. ex., que o exame biológico da paternidade pelo método HLA oferece, quando chega a resultado positivo, um grau de probabilidade superior a 98% de que o réu seja pai do autor. Havendo algum adminículo probatório por outro meio, por débil que seja, e não



estando excluída por modo algum a possibilidade de ser pai, a preconizada visão instrumentalista há de levar o juiz a afirmar isso em sentença. Ele estará, em nome de um legalismo irracional e injusto, prestando culto ao ideal inatingível da verdade e à quimera da certeza absoluta, sempre que, interpretando de modo radical o onus probandi atribuído ao autor, apoiar-se na dúvida deixada pela falta de mais comprovação e, apesar da resposta positiva ao teste HLA, rejeita a demanda. Em última análise, estará desprezando os 98% de probabilidade, em nome dos remanescentes 2% de mera possibilidade em sentido contrário; para não errar em dois casos, prefere errar em 98. Em matéria penal, como já se disse, e pelo menos quando se trata de impor a pena de morte, o horror pelo erro judiciário contra o demandado justificaria esse radicalismo. Aqui, todavia, o ônus da prova é menos pensado, justamente porque inexistente diferença axiológica sensível entre a pretensão do autor e a do réu. Além disso, dado importante na fixação de idéias a esse propósito é a reversibilidade da situação, deixada pela oferta da via rescisória das sentenças”²¹.

O velho Carlos Maximiliano já proclamava que “*não é por meio do abuso que se vai coibir o uso*”.

Vejamos, então, quais os reflexos de tão importante conquista da medicina na área do direito processual, especificamente nas ações de investigação de paternidade.

10 — A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA NA ERA PRÉ-DNA

Antes do advento do moderno exame de sondagem do DNA, a prova nas ações de investigação de paternidade se resumia à prova oral ou a exames não conclusivos.

Com a evolução, passaram a existir alguns exames conclusivos no sentido da exclusão de uma suposta paternidade, mas sem idêntico poder no sentido de inclusão.

Uma vez que estes exames, se negativos, não permitiam a certeza suficiente de que o réu era de fato o pai biológico do autor, nestes casos a instrução voltava à coleta da prova oral.

Isto conduzia a uma verdadeira devassa na vida da genitora do investigante. É que, não raro, o indicado pai lançava mão da conhecida *exceptio plurium concubentium*, ou exceção de concubinato plúrimo.



Como sabemos, esta era uma defesa indireta de mérito, segundo a qual admitiam-se os fatos constitutivos do direito do autor, arrolados no citado art. 363 do CC, opondo-se-lhes um fato impeditivo do reconhecimento deste direito, qual seja, o de que, à época da concepção do autor, a sua mãe havia mantido relações com outros homens, além do apontado pai.

Ora, se tal fato impeditivo restasse provado, o autor se via frustrado em sua tentativa de obter o reconhecimento de seu estado de filiação, por causa de conduta de sua genitora.

E mais. Dentro dos casos elencados pelo art. 363, há a simples relação sexual à época da concepção. Diga-se de passagem que os demais fatos ali descritos contêm uma maior carga de presunção indireta da paternidade.

Pois bem. A mulher que se relacionava com um homem não poderia então se relacionar com qualquer outro, dado que se assim o fizesse estaria pondo em risco o direito do nascituro de futuramente pleitear o reconhecimento da filiação. Noutros termos, a mulher veria cerceada a sua liberdade sexual, componente do direito à intimidade (CF, 5º, X).

Logo, a intimidade sexual da mulher era amplamente devassada no processo em que se alegava a *exceptio*, ou mesmo naquele em que simplesmente se negavam os fatos constitutivos do direito ao reconhecimento da paternidade atribuída.

*“Os processos judiciais de investigação de paternidade acabavam sempre numa investigação moral sobre a vida sexual da mãe. Se se demonstrasse que a genitora era uma mulher de muitos homens, ou seja, se se alegasse a *exceptum plurium cocubentium*, o juiz daria a sentença no princípio do *in dubio pro reo*, isto é, não se declararia a paternidade daquele filho se se demonstrasse que sua mãe andou com mais de um homem no período próximo à concepção”*²².

É verdade que ditos processos se desenvolviam sob a publicidade restrita (CF, 5º, LX, e 93, IX, em combinação com CPC, 155). Contudo, ainda assim havia o constrangimento feminino.

Usamos os verbos no passado com o intuito de reforçarmos os argumentos. É que tudo isto continua a ocorrer dentro do sistema processual dito moderno.

“Com o advento dos exames de DNA na década de 80, os julga-



mentos de investigação de paternidade passaram a contar com uma prova científica, que tem o grande mérito de, principalmente, retirar dessas questões, em grande parte, o valor moral e a devassa na vida sexual da mãe do investigado.

Mesmo com a possibilidade de identificação do pai biológico por meio de prova científica, as investigações de paternidade continuam com o eixo no aspecto moral. É que a prova pericial é apenas umas das provas admissíveis no processo. E nesses processos de investigação, talvez mais que em todas as outras demandas em Direito de Família, a conduta sexual da mãe sempre foi o elemento determinante para se ganhar ou perder. Portanto, o cerne da discussão sempre foi, e ainda é, se a mãe do investigante é mulher de um homem só ou não”²³.

Não é razoável supor que, dispondo cientificamente do DNA, o Estado-juiz não o utilize para solução das lides cujo objeto é o reconhecimento de paternidade, preferindo a certeza relativa, enfraquecida, do reconhecimento derivado de provas indiretas, testemunhais, produzidas com violação desnecessária, e por isso mesmo abusiva, da intimidade de envolvidos no caso.

Realmente, como reconhece Maria Christina Almeida:

“O domínio da prova continua sendo, portanto, o ponto mais delicado das investigatórias de paternidade. A procedência ou improcedência do pedido sempre fora calcada em presunções ou indícios, condutores da verdade processual. Nunca, antes do exame pericial do DNA, falou-se em verdade real da filiação. As provas documentais, testemunhais e orais não conduzem, e jamais conduzirão, à revelação da verdade objetiva. Permanecendo tais provas no limbo da revelação indiciária e presumida do vínculo genético.

Faz-se mister abrir espaço para a relevância ímpar do valor probatório do exame pericial do DNA, o que, todavia, não exclui o dever de cautela do juiz na apreciação de questão tão delicada e importante como o vínculo de filiação: um dever judicial exercido mediante a análise minuciosa de todas as provas existentes e capazes de conduzir à verdade acerca da paternidade investigada”²⁴.

11 — O CUSTO DO EXAME DE DNA COMO ÓBICE À SUA LARGA UTILIZAÇÃO



O exame de DNA ainda é muito caro, inacessível para a maioria da população. Em Sergipe, há laboratórios praticando o preço de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), ou 2 salários mínimos vigentes, quantia hoje supostamente suficiente para manter duas pessoas durante um mês(art.7º,IV, da CF).

Contudo, há que se ressaltar que o custo do exame se dilui com uma maior demanda e com a própria evolução dos métodos e barateamento dos materiais utilizados.

De mais a mais, a relação custo-benefício em termos jurídico-econômicos é muito melhor se utilizado o exame DNA. A afirmativa tem por base a verificação de que muitas vezes a instrução processual tradicional, além de desnecessariamente violar a intimidade, apenas conduz a uma certeza relativa, e pobre sobre a paternidade.

Por outro canto, não se pode deslembrar o custo para o Estado de horas e horas de trabalho de juízes, auxiliares, promotores de justiça e até mesmo defensores públicos ou dativos, na busca de uma definição de paternidade através de instrução tradicional, solução que seria facilmente alcançada a partir de amostras sangüíneas, sem o pernicioso efeito colateral de violar a intimidade.

E convém frisar a garantia da assistência jurídica integral e gratuita aos reconhecidamente hipossuficientes, assegurada no art. 5º, LXXIV, da CF. Este artigo compreende a assistência judiciária integral, espécie do gênero assistência jurídica integral. Vale dizer, o Estado está obrigado a arcar com os custos da prova necessária para o carente defender em juízo os seus interesses, incluindo os honorários de qualquer perícia, como regulamentado no art. 3º, V, da vetusta Lei nº 1.060/50.

Vários acórdãos do Superior Tribunal de Justiça - STJ afirmavam ser impossível atribuir ao Estado o ônus de adiantamento das despesas com o exame. Entretanto, sempre foi clara a obrigação estatal de pagar as ditas despesas ao final do processo, se o beneficiário da gratuidade judiciária restasse vencido.

A questão pertinente à obrigação estatal pelo exame restou superada com o advento da Lei 10.317, de 6 de dezembro de 2001, que explicitou (desnecessariamente) o entendimento jurisprudencial.

Afirma-se que o exame de DNA não é a única prova e que o sistema jurídico atual repele o sistema da prova legal ou tarifada, não havendo hierarquia de provas, competindo ao juiz da causa valorar as provas produzidas utilizando-se de critérios lógicos, racionais, a fim



de se persuadir, ou seja, vale o sistema de persuasão racional do julgador.

Ocorre que a hipótese do presente trabalho não significa dar valor absoluto ao exame de DNA, retirando o poder de livre convencimento do juiz. O que se pretende demonstrar é que se dito exame realmente não é a única prova, deve ele preceder às demais, que somente serão produzidas se pairar dúvida razoável sobre a conclusão do perito, sob pena de violação indevida da intimidade, de indevida demora processual e de condução a uma solução sem suficiente grau de certeza.

Ainda sobre o custo do exame, vê-se que em muitos casos o autor da ação investigatória é hipossuficiente econômico, fazendo jus à gratuidade judiciária, mas o réu não o é. Entretanto, ainda que ambos requeiram o exame genético, a regra do art. 33 do CPC impõe o adiantamento das despesas pelo autor. Como pode não haver interesse do réu em fazer tal adiantamento, porque talvez lhe seja conveniente (embora antiético) procrastinar o andamento do processo, resta ao juiz diligenciar para que o Estado custeie o exame, embora possa ser ressarcido após, caso haja procedência do pedido e, consequentemente, sucumbência do investigado, inclusive no que diz com as despesas periciais.

Contudo, fácil é antever as dificuldades burocráticas para tanto. Basta que o Estado-administração alegue falta de previsão orçamentária, para tudo se complicar. Creio, destarte, que é preciso repensar o mencionado art. 33.

Dita regra pressupõe igualdade plena ou ao menos aproximada entre os litigantes. É resquício de um processo individualista, de índole liberal.

Se os litigantes são iguais do ponto de vista econômico, podemos entrever o acerto da regra em seu sentido literal: é que o réu precisa ser compensado já que se encontra em uma posição de surpresa em relação ao autor, que dispõe de todo o lapso prescricional para ajuizar a demanda. Vale o mesmo raciocínio utilizado para fixar como regra geral a competência do foro do domicílio do requerido. De mais a mais, o réu pode ter interesse em procrastinar o feito o que induz que a obrigação de adiantamento dos honorários periciais recaia sobre o autor, ainda que a perícia tenha sido requerida por ambas as partes.

Porém, se, ao contrário, as partes não estão em pé de igualdade econômica, isto deve ser sopesado quando da interpretação da



regra. Não basta assegurar a assistência judiciária gratuita, pois os entraves burocráticos podem findar por reduzir a proteção que se quer consagrar, frustrando a vontade constituinte. O Direito — e o Direito Processual não pode ser diferente — não se reduz a meros esquemas formais, vazios de conteúdo. É preciso efetividade.

Assim, se o autor é beneficiário da assistência judiciária e o réu não o é, ao pedirem ambos a produção de um exame pericial, deve o réu arcar com o custo do adiantamento, por interpretação orientada pelos métodos lógico, sistemático e teleológico, já que toda regra jurídica precisa ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, entre eles, o da igualdade.

Caso reste vencedor na ação, o réu terá direito ao ressarcimento por parte do Estado das despesas que efetuou, sendo esta solução menos perniciosa do que o sacrifício endoprocessual do carente. De fato, se por um lado o réu não beneficiário da gratuidade, uma vez vencedor na ação, terá de enfrentar a *via crucis* do precatório, para reaver as despesas nas quais o autor beneficiário sucumbiu, será muito mais penoso a este enfrentar *via crucis* idêntica ou pior para aguardar a produção da prova, da qual depende o reconhecimento de seu direito. E, em caso de investigação de paternidade, há uma agravante: o reconhecimento leva à fixação de alimentos, ou seja, enquanto não houver prova ou indícios suficientes, fica o autor carente sem direito a alimentos, porque não provada a relação de filiação, base jurídica da obrigação alimentar.

Todavia, há controvérsias, como se extrai do texto de Araken de Assis:

“Tocando ao beneficiário antecipar os honorários do perito, consoante a regra especial do art. 33 do CPC, ele se encontra isento do desembolso, a teor do art. 3.º, V, in fine.

Inviável se mostrará inverter o ônus do adiantamento e atribuí-lo a quem não goza do benefício. Nesta contingência, a realização da prova amiúde se complica, pois o perito, particular colaborando com o Poder Público, apesar de auxiliar no juízo (art. 139), não é obrigado a trabalhar de graça, nem a suportar as despesas inerentes à prova (v.g., cópias e transporte). Neste sentido, se pronunciou a 4ª Turma do STJ. É verdade que o contrário decorre do art. 14, caput, da Lei 1.060/50, segundo o qual o perito não pode recusar o encargo, salvo justo motivo (art. 15), a critério da autoridade judiciária competente. As sanções à recusa desmotivada consistem em multa, que reverterá



ao perito que aceitar o encargo (art. 14, parágrafo 2.º), e na pena disciplinar (art. 14, caput, parte final: ... sem prejuízo da sanção disciplinar cabível). Tais punições não resolvem, diretamente, o impasse criado pela resistência do perito.

Como igualmente certa é a isenção do beneficiário, responderão pelos honorários do perito o não-beneficiário, se vencido, ou o Estado, ao qual incumbe a prestação da assistência. Ocorre que a exigibilidade desta obrigação pecuniária do Estado se atrela a precatório (art. 100 da CF/88).

Em alguns Estados, o Judiciário dispõe de verba orçamentária especificada e o juiz da causa requisitará o pagamento, na maneira estipulada pelos regulamentos locais. Fora dessa hipótese, não se dispondo a parte desobrigada a adiantar os honorários, voluntariamente, resta aguardar o oportuno pagamento do precatório ou altruística colaboração do perito”²⁵.

Evidentemente, discordamos. Compreendemos apenas ser salutar a existência de verba judiciária a viabilizar a desburocratização da perícia.

12 — O EXAME DE DNA E A COISA JULGADA

A ciência do Direito Processual vem conceituando a coisa julgada através de dois enfoques diferentes: o da coisa julgada formal e o da coisa julgada material.

A primeira resultaria do simples esgotamento das vias impugnativas recursais contra a sentença, sendo, portanto, qualidade da própria sentença que não comporte mais recurso. Sua natureza não difere muito do instituto da preclusão, recorrendo a Doutrina à expressão “preclusão máxima” para designá-la.

A segunda não seria uma qualidade do ato processual sentença, mas antes uma qualidade dos efeitos substanciais programados neste ato processual, qualidade que significa a imunização destes efeitos frente ao próprio Estado e às partes.

Esta última, a coisa julgada material ou substancial, é a verdadeira garantia inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF.

Indiscutivelmente, tem por fim assegurar estabilidade às relações jurídicas, servindo assim ao princípio da segurança jurídica.

Por muito tempo a *res iudicata* permaneceu incólume, revestin-



do-se de força absoluta. A dizer, como os romanos, a coisa julgada faz do branco o que é preto (*album nigrum*) e de quadrado o que é redondo (*quadrato retundum*).

Entretanto, detecta-se um movimento doutrinário e jurisprudencial, em nível internacional e local, no sentido de impropriamente “relativizar” a coisa julgada material²⁶. Este movimento não pretende negar o extremo benefício do instituto para a segurança das relações sociais, nem nega a dignidade da garantia constitucional fundamental. Apenas pretende lançar luzes sobre o assunto, a demonstrar que “*não se pode eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização das incertezas*”, na feliz expressão de Cândido Rangel Dinamarco²⁷.

Este mesmo emérito Professor da Universidade de São Paulo, em artigo de fôlego e com a precisão que lhe é peculiar²⁸, examina o problema partindo de duas premissas: 1) a garantia da coisa julgada “*não pode ir além dos efeitos a serem imunizados*”; 2) “*ela deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil*”.

O eminente professor parte de uma análise de casos buscando uma sistematização do problema, concluindo que a coisa julgada que ofendesse flagrantemente outros princípios e garantias constitucionais, seria incapaz de produzir os efeitos próprios desta garantia, isto é, seria incapaz, por impossibilidade jurídica, de blindar os efeitos da sentença, justamente porque a sentença contém alguma monstruosidade inconstitucional.

O artigo traz exemplos interessantes para ilustrar a idéia, como a sentença, passada em julgado, que decretasse a exclusão de algum Estado-membro da Federação Brasileira. Como o *decisum* é violentamente colidente com o princípio fundamental do federalismo, representado pela união indissolúvel dos entes federados (CF, 1º), a sentença não tem condições de produzir os efeitos substanciais nela programados. Vale dizer, ainda que não mais comporte recurso, o julgado não teria o condão de simplesmente derrogar um dos fundamentos da Constituição que organiza o próprio poder que editou a sentença. Os efeitos substanciais programados são impossíveis.

Ora, se a dimensão da coisa julgada material é a dimensão dos efeitos programados pela sentença, e se estes efeitos são impossíveis, não se opera a coisa julgada e, portanto, pode o caso ser revisto.

O artigo conclui chamando a atenção para o “*cuidado para situ-*



ações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários” e prossegue afirmando que “cabe aos juizes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se sempre a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos , injustiças graves, transgressões constitucionais etc.”.

Prossegue o notável processualista dizendo que *“o jurista jamais conseguiria convencer o homem da rua, por exemplo, de que o não-pai deva figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base na prova testemunhal. Nem o contrário: não convenceríamos o homem da rua de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando inexoravelmente em julgado”.*

Meditando sobre o tema, verificamos que um caso de impossibilidade de permanência dos efeitos programados na sentença existe em nosso sistema jurídico de há muito, sem maiores controvérsias, residindo a sua justificativa nas idéias do citado professor. Trata-se da revisão criminal (art. 621 do Código de Processo Penal – CPP). A sentença penal condenatória pretende gerar efeitos substanciais, inclusive a repressão por privação da liberdade, ainda que restrita em muitos casos (penas alternativas). Contudo, se demonstrado ficar o erro judiciário, se o réu era realmente inocente, proclamar que teria de cumprir a pena, somente devido ao trânsito em julgado da sentença, seria a mais inominável das crueldades.

A sentença aí, como no exemplo referido acima, não teria como produzir os seus regulares efeitos substanciais, vez que estes seriam impossíveis diante da comprovação de inocência do condenado. E, não produzindo efeitos substanciais, a sentença não poderia gozar da imunização destes efeitos, porque estes seriam inexistentes. Ou seja, a sentença não ficaria blindada, cabendo o remédio expressamente previsto da revisão.

No fundo, trata-se de solucionar o conflito entre os princípios da segurança e da justiça, favorecendo-se o último em prol da liberdade.

Nem se diga que isto acontece porque a lei prevê o remédio da revisão. A falta de previsão expressa de remédios processuais específicos para verificar a impossibilidade de geração da coisa julgada, quando necessário, não pode significar óbice a esta revisão, sob pena de mais uma vez, se privilegiar a forma em detrimento do conteúdo.



Pode-se ainda ferir o tema partindo da velha questão a respeito da criação ou não do Direito pelo juiz.

Se é adotada a corrente pela qual o julgador apenas revela na sentença a norma concreta individual aplicável ao caso, garimpada por ele no veio do Direito Objetivo, não se pode negar que esta norma concreta precisa ser compatível com as normas superiores do sistema, notadamente os princípios constitucionais, sob pena de não possuir validade.

Por outro canto, se concordarmos com a criação da norma concreta individual pelo juiz ao julgar o caso, também haveremos de entender que esta norma deve possuir fundamento de validade, ou seja, deve guardar compatibilidade com as normas superiores, especialmente os princípios constitucionais.

Se, ao revés, a sentença veicula norma concreta individual manifestamente incompatível com o sistema constitucional, os efeitos substanciais por ela programados são impossíveis, dada a invalidade de seu conteúdo e, por isto, não poderá ela revestir-se de autoridade de coisa julgada. É que, neste particular, haveria *“coisa julgada inconstitucional”*²⁹.

Ora, como indagado pelo Prof. Dr. Ivo Dantas, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, em recente curso ministrado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – ESMESE aos juízes deste Estado, *“se o inconstitucional inexistente, como pode existir a coisa julgada inconstitucional?”*.

Esta é a razão da possibilidade de revisão, a qualquer tempo, da sentença que reconheça ou que negue a paternidade biológica, desde que hajam novas e robustas provas a respeito do erro judiciário no processo anterior, o que se dará, normalmente, quando naqueles autos não foi produzido o exame de DNA, julgando-se com base em regras de distribuição do ônus da prova e, agora, feito o exame, comprova-se que a sentença programava efeitos substanciais impossíveis, haja vista que reconhecia um estado de filiação inexistente ou reconhecia a inexistência de uma filiação real.

Forçoso é reconhecer, entretanto, que há muita vacilação na doutrina e na jurisprudência, estando o assunto em pleno processo de maturação científica, como se extrai das ementas a seguir parcialmente transcritas, ambas oriundas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

“Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito



já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada”³⁰.

“Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido”³¹.

13 — A RECUSA À SUBMISSÃO AO EXAME DE DNA

Outro problema que se apresenta derivado dos temas já explanados é o que trata da possibilidade ou não de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA e, em caso de admitir-se a recusa, quais os efeitos que este fato terá no processo.

Como visto, a dita perícia se desenvolve normalmente a partir de pequenas amostras sanguíneas, geralmente extraídas do trio envolvido — mãe, filho e suposto pai — mas pode ser elaborada também a partir da coleta de outros materiais, a exemplo de saliva, raiz dos cabelos etc.

Assim, não há razão moral que justifique a recusa ao exame. Os métodos para a coleta do material necessário são minimamente invasivos.

Entretanto, há a questão da intangibilidade do corpo e o problema foi objeto de um *leading case* no Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar por maioria de votos um *Habeas Corpus*, impetrado por um réu, acusado de ser o pai do autor de uma ação de investigação de paternidade. Eis a ementa:

“Investigação de paternidade - Exame DNA - Condução do réu “debaixo de vara”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento



judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”³².

Realmente é difícil rebater os argumentos fulcrados na incolumidade física e na impossibilidade de obrigar-se a produzir prova contra si mesmo. Assim, cumpre saber que efeitos podem ser extraídos da negativa em se submeter ao exame.

Há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, de autoria da Deputada Iara Bernardi (Projeto de Lei nº 64, de 1999), que pretende incluir parágrafo único ao art. 27 do ECA, afirmando a presunção legal de que a recusa acarreta o reconhecimento tácito da paternidade atribuída³³.

Ocorre que o STJ, que vinha admitindo apenas a valoração da recusa em desfavor do suposto pai, à luz das demais provas coletadas, recentemente (18 de fevereiro do corrente ano), afirmou categoricamente, embora também por maioria de votos, que “*ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível, no caso, a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade*”³⁴. O voto vencedor ressalva que o réu deve ser advertido de que sua recusa ensejará presunção de paternidade.

Apesar de representar a permanência de velhos esquemas de verdade formal, e de ser possível a argumentação a respeito do direito constitucional em não se submeter, a jurisprudência agora se volta para a resolução do problema de forma pragmática. Aplica-se o velho ditado popular: “quem não deve, não teme”.

Isto nos leva a concluir pela necessidade de o juiz tentar exaustivamente conscientizar o suposto pai a realizar o exame, advertindo-o claramente de que, embora possa recusar-se, a sua recusa poderá ser valorada em seu desfavor.

Ainda que se exija a instrução com coleta de prova oral quando há recusa, o que acontece se a instrução finda e não há qualquer outra prova suficiente para a paternidade alegada, restando somente o exame de DNA, recusado pelo réu? Em casos que tais, entendemos que, diante da perplexidade do juiz, deve ele se valer das regras de distribuição do ônus da prova, interpretando-as de acordo a viabilizar



justiça. Vale dizer, se a única prova apta a convencer o julgador das alegações do autor restaria sendo a perícia, e se esta não se realiza por mero capricho do réu, deve este arcar com o ônus de sua recusa.

Noutros termos, quiçá mais claros: o ônus de provar a filiação recai sobre o autor, mas este somente tem uma maneira de se desincumbir deste ônus, qual seja, realizando a perícia. Ora, se esta não se realiza por recusa do réu, não se pode exigir que persista o ônus sobre o autor, já que ônus da prova pressupõe possibilidade de provar por sucesso da atividade da parte. Se o réu opõe obstáculo intransponível por mera recusa, deve arcar com as conseqüências de seu ato, até porque há um interesse público envolvido na definição do estado de filiação.

De qualquer sorte, não havendo justificativa plausível para a recusa, há a caracterização de manifesto abuso do direito de defesa, dando ensanchas ao autor em requerer a antecipação parcial dos efeitos da tutela investigatória no que concerne a alimentos (art. 7º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992). Isto é, em caso de recusa, pode o juiz, a requerimento do autor, arbitrar alimentos provisórios, com base no art. 273, II, do CPC.

Certamente, diante destas possibilidades, claramente postas ao conhecimento das partes, o número dos que se recusam ao exame cairá.

14 — O PROCEDIMENTO ADEQUADO À INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Já vimos que o procedimento adequado, que permita um julgamento seguro, justo e rápido, sem dilações indevidas no processo, integra a noção de devido processo legal.

A ação de investigação de paternidade hoje obedece ao rito ordinário do processo civil.

Entendemos que pode haver uma melhoria no procedimento destas ações, com o fito de torná-lo mais adequado ao tipo de lide que se busca solucionar.

A citada Lei 8.560/92 estabeleceu um procedimento administrativo prévio, pré ou extra-processual, a fim de permitir a redução das ações de investigação.

Quer tenha dito procedimento sido observado, quer não, se não houve o reconhecimento voluntário da paternidade atribuída, cabe o



manejo da ação, pelo próprio autor, representado pela genitora ou quem de direito, ou pelo Ministério Público, na qualidade de substituto processual, em conformidade com a mencionada lei, em combinação com o art. 6º do CPC.

Ajuizada a ação e citado o réu, por mandado, já que se trata de causa de estado (CPC, 222, a), abre-se o prazo de resposta.

Havendo ou não resposta, cumpridas as providências preliminares, inclusive com oitiva do *Parquet* e resolução de questões processuais, deve o juiz designar a audiência de conciliação prevista no art. 331 do CPC.

É que o litígio, embora tenha por objeto principal o indisponível interesse do autor a respeito de sua paternidade, envolve também a definição de um *quantum* referente à pensão alimentícia a ser fixada, em caso de procedência do pedido de reconhecimento.

A prática recomenda que esta audiência serve de espaço, principalmente para a referida conscientização dos envolvidos a respeito do exame e, não raro, há o reconhecimento voluntário da paternidade neste momento, pondo fim ao litígio.

O ato também é útil para se definir como ficará o nome do autor, sua pensão e o regime de visitas em caso de vitória.

Se não houver o reconhecimento, independentemente da iniciativa das partes, deve o juiz determinar a realização de perícia. A depender da situação de seu local de trabalho, por viabilidade econômica, pode optar em determinar primeiro um dos seguros e antigos métodos conclusivos de exclusão da paternidade, deixando já determinada a perícia de DNA na hipótese do primeiro exame não concluir pela exclusão.

Nesta oportunidade, poderá o magistrado também definir problemas relativos ao adiantamento das despesas com o exame, facilitando até mesmo o rateio acordado, se possível.

Ainda poderá requisitar de plano informações ao empregador do autor, se houver, no sentido de obter os ganhos do mesmo, para futuro balizamento da pensão, se procedente o pedido. Isto servirá também para munir rapidamente o juiz se houver necessidade de fixação de alimentos provisórios, em caso de manifesto abuso do direito de defesa, decorrente da recusa em se submeter ao exame.

Note-se que os provisórios também poderão ser fixados após a juntada do laudo de perícia sobre DNA que concluiu pela inclusão da alegada paternidade, o que torna verossímil a alegação, embora dita prova neste momento ainda careça de manifestação final sobre ela,



pendendo, portanto, de manifestação das partes por força do contraditório.

Observe-se que tais expedientes são perfeitamente cabíveis dentro do procedimento ordinário disciplinado pelo CPC, o que não impede que o Estado utilize a sua competência legislativa para procedimentos em matéria processual (CF, 24, XI), e discipline esta audiência prévia, que servirá não só para fins de conciliação, resolução de questões processuais pendentes e fixação dos pontos controvertidos, como quer o CPC, mas também para a disciplina da perícia, conforme acima explanado.

15 — CONCLUSÕES

Os princípios jurídicos são supernormas, vinculantes, cogentes, encontráveis no topo da hierarquia normativa do Direito positivo, ou seja, na Constituição.

Dadas as suas características, os princípios cumprem a função de orientar a criação, interpretação e aplicação das normas inferiores.

A lide é fenómeno sociológico, antes de ser processual, podendo ser resolvida através de outras formas de composição que não a jurisdição.

Sendo necessária a composição da lide através da jurisdição, o Estado cumpre o seu papel por intermédio do processo.

Ao desenvolver o processo como método para o exercício da jurisdição, o Estado Social deve almejar certos escopos, além de fazer cumprir o Direito Material, e aí reside a noção ampla de instrumentalidade do processo.

Dentre estes escopos, destaca-se a busca por uma pacificação social com justiça.

O processo deve ser não só regulado por lei, como adequado a servir de garantia de acesso à justiça material, residindo aí a noção de devido processo legal.

O direito a um procedimento adequado a legitimar a decisão é corolário do devido processo legal.

O direito a um julgamento justo e em tempo razoável, através de um processo desenvolvido sem dilações indevidas, integra a noção de devido processo legal.

O processo moderno deve buscar a conformidade entre a verda-



de processual e a verdade real, lançando mão de limites artificiais de verdade apenas quando houver perplexidade judicial diante da valoração das provas, quando então serão aplicáveis as regras de distribuição do ônus da prova. Daí a necessidade em se atribuir poderes instrutórios ao juiz, que deverá usá-los de maneira a buscar a verdade real, a despeito das deficiências de iniciativa probatória das partes, sem abdicar de seu dever de imparcialidade.

O princípio da livre investigação das provas encontra limites nas provas ilícitas.

Se a prova viola direitos fundamentais desnecessariamente, pode ser considerada ilícita.

Embora paternidade seja conceito mais amplo do que a simples ascendência genética, o reconhecimento desta é direito absoluto da pessoa, especialmente da pessoa em desenvolvimento, cabendo ao Estado priorizar e assegurar o seu exercício, haja vista que gera amplos reflexos na esfera jurídica do indivíduo e que é desdobramento da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Antes do advento do exame de DNA, as ações de investigação de paternidade podiam ser instruídas apenas com prova oral ou perícias não conclusivas, gerando freqüentemente constrangimento e indevida invasão da intimidade da mulher, além de não alcançar o grau de certeza desejável.

O exame de DNA constitui prova de excelente segurança, apesar dos cuidados em não “sacralizá-lo”, sobretudo a necessidade de maior fiscalização do funcionamento dos laboratórios.

Os custos da perícia de DNA são altos, mas também o são os custos das instruções processuais tradicionais, que nem sempre alcançam o grau de certeza do dito exame.

Quando o autor for beneficiário da gratuidade judiciária e não o for o réu, este deverá adiantar as despesas com a perícia de DNA, se requerida por ambas as partes.

De acordo com as regras que disciplinam a assistência judiciária gratuita, o Estado é obrigado a custear o exame ou a ressarcir os valores despendidos pelo vencedor da ação, não beneficiário da gratuidade.

A coisa julgada pode ser descaracterizada se, em verdade, manifestamente carecer de fundamento de validade, por afrontar de tal modo princípios ou normas constitucionais que seja impossível a produção dos efeitos substanciais programados na sentença.

Se o reconhecimento da paternidade se deu através de verdade



formal, havendo perícia de DNA em sentido contrário, não invalidada, pode ser revista a paternidade reconhecida judicialmente.

O indivíduo não está obrigado a se submeter ao exame de DNA, mas a sua recusa poderá ser valorada em seu desfavor quando da apreciação do conjunto probatório.

Com o advento do exame de DNA deve dita perícia ser realizada sempre que não haja no processo o reconhecimento voluntário ou provocado da paternidade imputada.

A audiência prévia do art. 331 do CPC deve ser realizada nas ações de investigação de paternidade para, sucessivamente: 1) tentar obter a conciliação total, ou seja, o reconhecimento voluntário da paternidade atribuída, a definição da pensão alimentícia, do nome do autor e do regime de visitas; 2) obter acordo parcial sobre a pensão, o nome e o regime de visitas, em caso de vitória, acordando sobre a realização do exame de DNA e a disciplina de seus custos; 3) não obtido o acordo, ainda que parcial, resolver as questões processuais pendentes, fixar os pontos controvertidos, requisitar informações financeiras ao empregador do réu, e determinar, ainda que *ex officio*, a perícia de DNA, precedida ou não de outro tipo de perícia mais acessível, a fim de antes verificar se não há exclusão da paternidade atribuída; 4) havendo pronta recusa à submissão ao exame, deliberar sobre eventual requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, quanto aos alimentos.

Esta ordem de procedimento pode ser disciplinada, ainda que desnecessariamente, pelo Estado-membro, no uso da competência legislativa instituída no art. 24, XI, da CF.

16 - BIBLIOGRAFIA

1. ALMEIDA, Maria Christina de. *Prova do DNA: Uma Evidência Absoluta?*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 2, Julho-Agosto-Setembro/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.

2. _____. *Investigação de Paternidade e DNA*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

3. ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

4. AMARAL, José Amir do. *Investigatória de Paternidade*. In: AJURIS, v. 63.

5. ASSIS, Araken de. *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

6. BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. (trad. de COSTA, José Manuel M. Cardoso da.). Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

7. BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, impresso na Gráfica IPRAJ, 1992.

8. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

9. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

10. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

11. BRAGHITTONI, Robério Ives. *Devido Processo Legal e Direito ao Procedimento Adequado*. In: Revista de Processo nº 89, p. 220 a 229.

12. BREGA FILHO, Vladimir. *A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade*. In: Jus Navigandi, n. 51. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185> [Acessado em 7 de abril de 2002]

13. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

15. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: 2001.

16. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

17. _____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

18. COUTURE, Eduardo J.. *Interpretação das Leis Processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

19. _____. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

20. DAHER, Marlusse Pestana. *Investigação de paternidade*. In: Jus Navigandi, n. 27. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=535> [Acessado em 7 de abril de 2002]

21. DIAS, Maria Berenice. *Investigação de Paternidade e a Questão da Prova*. In: _____ et alii. *Direito de Família e Ciências Humanas*. Caderno de Estudos n. 3. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.
22. _____. *Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 1, Abril-Maio-Junho/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.
23. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
24. _____. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, (55/56): 31-77, jan./dez. 2001, p. 32 a 74.
25. FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.
26. _____. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.
27. FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.
28. _____. *O vínculo genético da filiação pelo DNA: sua aplicação nos tribunais*. In: Jus Navigandi, n. 28. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=537> [Acessado em 7 de abril de 2002]
29. GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 29ª Ed... Rio de Janeiro: Editora, Livraria Freitas Bastos S.A. 1993.
30. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
31. HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
32. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda., 1987.
33. LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
34. _____. *Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova da Filiação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
35. _____. *O Exame de DNA: Reflexões sobre a Prova Científica da Filiação*. In: _____ e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: Aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
36. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O Exame de DNA e o Princípio da*

Dignidade da Pessoa Humana. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 1, Abril-Maio-Junho/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.

37. MADALENO, Rolf. *A Sacralização da Presunção na Investigação de Paternidade*. In: RT nº 69, p. 69 a 87.

38. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

39. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

40. _____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1978.

41. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

42. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade*. In: Revista Forense, v. 343, p. 157 a 168.

43. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

44. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

45. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Leme: LED Editora de Direito Ltda., 2000.

46. PENA, Sérgio D. J.. *Determinação de Paternidade Pelo Estudo Direto do DNA: Estado da Arte no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

47. PENA, Sérgio Danilo J. e JEFREFREYS, Alec J. *Breve Introdução às Impressões Digitais de DNA*. Belo Horizonte: Rev. Brasil. Genet, 1993.

48. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de Paternidade e Seus Efeitos*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

49. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista Pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

50. _____. *Direito de Família, Uma Abordagem Psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

51. RASKIN, Salmo. *DNA e investigação de paternidade*. In: Jus Navigandi, n. 35. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=538> [Acessado em 7 de abril de 2002]

52. _____. *Manual Prático do DNA para Investigação de Paternidade*. Curitiba: Juruá, 1999.

53. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide,

1994.

54.ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

55.RODRIGUES, Silvo. *Direito Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 6.

56.SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado Pelos Demônios*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz, 1997.

57.SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

58.SILVA FILHO, Artur Marques. *HLA e DNA: novas técnicas de determinação do vínculo genético*. In: RT 655, p. 54 a 65.

59.SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

60.SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process Of Law)*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

61.SIMAS FILHO, Fernando. *A Prova na Investigação de Paternidade*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

62.THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

63.TRACHTENBERG, Anete. *O Poder e as Limitações dos Testes Sanguíneos na Determinação de Paternidade*. In: AJURIS, v. 63.

64.TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia da Prestação Jurisdicional sem Dilações Indevidas como Corolário do Devido Processo Legal*. In: Revista de Processo nº 66, p. 72 a 78.

65._____. *Garantia do Processo Sem Dilações Indevidas*. In: _____. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

66._____. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

67.WALD, Arnoldo. *Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

68.WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família Questões Controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

69._____. *Obrigatoriedade do Exame Genético DNA*. In: Revista de Processo nº 89, p. 91 a 97.

70.WILLIS, Santiago Guerra Filho. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

1 Texto da monografia apresentada por ocasião da conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional Processual, pela UFS – Universidade Federal



de Sergipe, tendo como Orientador o Prof. Dr. Carlos Ayres de Britto. Foram omitidos ou alterados alguns elementos pré e pós-textuais.

² Neste sentido, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda., 1987.

³ Não vamos nos utilizar da expressão “constituente originário” por considerá-la desnecessariamente redundante. Na teoria da Constituição, só pode haver um Poder Constituinte, o qual é “originário” justamente por editar a Constituição, conjunto de normas que inaugura todo um sistema jurídico, sendo logicamente anterior a todos os demais textos normativos, ainda que não o seja cronologicamente. Por isto, vamos nos utilizar das expressões Poder Constituinte, para designar o responsável pela edição da Constituição, e Poder Constituído, para referir-nos ao responsável pela edição de todo o ordenamento que descende desta, inclusive as emendas constitucionais, freqüentemente referidas como fruto do chamado “Poder Constituinte Derivado”, outro termo que nos parece inadequado.

⁴ Vide BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. (trad. de COSTA, José Manuel M. Cardoso da.). Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 146.

⁶ *Idem*, p. 157.

⁷ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1978, p. 299 e 300.

⁸ *Quod interest est*, ou aquilo que está entre. O sujeito está numa posição de interesse quando se encontra entre uma necessidade sua e um bem apto a satisfazer esta necessidade.

⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process Of Law)*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 81.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 200.

¹¹ Neste sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 84 e 85.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 27, 28 e 38.

¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 82.

¹⁶ ALVIM, J. E. Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 145.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 291.

¹⁸ Cf. BIELSA, Rafael e GRAÑA, Eduardo. *El Tiempo y El Proceso*. In: Revista del Colegio de Abogados de la Plata, La Plata, 55 (1994): 189, *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo Sem Dilações Indevidas. In: _____. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 236.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 373.

²⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. *Prova do DNA: Uma Evidência Absoluta?*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 2, Julho-Agosto-Setembro/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, p. 144.

²¹ *Op. cit.*, p. 252 e 253.

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista Pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 123.

²³ *Idem, ibidem*.

²⁴ *Op. cit.*, p. 147.

²⁵ *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, *op. cit.*, p. 14.

²⁶ Não se trata, em verdade, de “relativizar” coisa alguma. O fundamento do argumento consiste, em síntese, na inexistência dos efeitos da coisa julgada material porque a sentença ofendeu manifestamente algum princípio constitucional, não havendo, portanto, a própria coisa julgada, como a entendemos. Ora, não se “relativiza” o que não existe.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, (55/56): 31-77, jan./dez. 2001, p. 32 a 74.

²⁸ Salvo quanto ao título que, no nosso modesto entender, falseia a idéia que se quis transmitir.

²⁹ Expressão muito melhor e que serve de título a outro excelente artigo sobre o tema, publicado por Humberto Theodoro Jr.: *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Para o seu Controle*.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 107.248/GO. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/webstj/default.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2002.

³¹ *Idem*, Acórdão em Recurso Especial nº 226.436/PR. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 71373. Jose Antonio Gomes Pinheiro Machado e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurelio. Relator originário: Ministro Francisco Rezek. Disponível em <<http://gemini.stf.gov.br>>. Acesso em 7 de abril de 2002.

³³ Cf. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, Outubro-Novembro-Dezembro/99. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Porto Alegre: Síntese, 1999.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 256.161/DF. Relatora para o acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Relator originário: Ministro Ari Pargendler. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/webstj/default.htm>>. Acesso em 7 de abril de 2002.